This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 478 818

REGELSBERGER

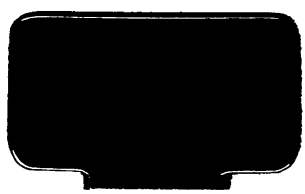
RECHTSGUTACHTEN

1878

HD

SW1
R9L

HARVARD
LAW
LIBRARY



Switzerland
Vom Verfasser

Rechtsgutachten

in Sachen

des Herrn Louis Favre in Genf

gegen

335

die Gotthardeisenbahn-Gesellschaft

wegen Sicherheitsleistung.

Ein Beitrag zu der Lehre von der Kautionspflicht

von

Professor Dr. F. Regelsberger
in Würzburg.

ZÜRICH
Druck von Zürcher & Furrer
1878.

SWITZER
496
REG.

I. Sachverhältniss.

1) Herr L. Favre hat durch Vertrag vom 7. August 1872 die Ausführung des 14900 Meter langen zweispurigen Tunnels durch den St. Gotthard, sowie die Erstellung von 145 Meter am Richtungstunnel bei Airolo übernommen. Das Werk ist innerhalb acht Jahren nach der Genehmigung des Vertrags durch den schweizerischen Bundesrath zu vollenden.

Als Vergütung sind für die vertragsmässig fertig gestellte Arbeit nach dem Ausmass und nach Einheitspreisen zugesichert:

für den laufenden Meter des Tunnels Fr. 2800,

für den Kubikmeter Gewölbe und anderer Mauerwerke Fr. 75,

für den Quadratmeter Sichtfläche der genannten Quadermauerwerke Fr. 20,

für den Kubikmeter gewöhnlichen Mörtelmauerwerks Fr. 40,

für den laufenden Meter Beschotterung Fr. 22,

für den laufenden Meter einfacher Eisenbahngeleise ausschliesslich der von der Gesellschaft zu liefernden Schwellen, sonstigen Schienenunterlagen, Schienen und Befestigungsmaterialien Fr. 4,

für den laufenden Meter des Richtungstunnels bei Airolo Fr. 1500.

Allmonatlich sind an Hrn. L. Favre Abschlagszahlungen zu leisten im annähernden Verhältniss zu dem Werthe der im vorhergehenden Monat ausgeführten Arbeit.

An der vorstehend in ihren Grundzügen geschilderten Uebereinkunft wurden durch mehrere Nachtragsverabredungen Aenderungen bewirkt. Sie betreffen jedoch nur Punkte, welche für die hier zu entscheidende Rechtsfrage von keinem oder wenigstens

keinem erheblichen Gewichte sind und daher an diesem Ort mit Stillschweigen übergangen werden können.

2) Im Laufe des Jahres 1876 ist zur öffentlichen Kunde gelangt, dass zur Ausführung des gesammten Bauunternehmens der Gotthardbahngesellschaft das ursprünglich in Aussicht genommene und durch verschiedene Abmachungen gesicherte Kapital von Fr. 187 Mill. nicht hinreiche. Das Defizit, von der ersten Revision auf 102 Mill. berechnet, beträgt nach mannigfachen Berichtigungen und nach Beseitigung mehrerer in das ursprüngliche Bauprogramm aufgenommener Linien immerhin noch 40 Mill. In Folge dessen haben sich auch Schwierigkeiten in Flüssigmachung mancher schon zugesagter Mittel ergeben.

3) Aus diesen Gründen glaubt Herr L. Favre sich von der Gefahr bedroht, dass die Gotthardbahngesellschaft ausser Lage komme, die ihr ihm gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, und fordert klageweise die Stellung einer angemessenen Realsicherheit, in deren Ermanglung Auflösung des Vertragsverhältnisses und entsprechenden Schadenersatz.

Zu bemerken ist noch, dass die bis jetzt fällig gewordenen Monatsleistungen von der Gesellschaft pünktlich entrichtet wurden.

II. Rechtliche Beurtheilung.

A. Das zur Anwendung kommende örtliche Recht.

4) Nach Art. 14, Absatz 1 des Vertrags vom 7. August 1872 sind alle Streitigkeiten, welche zwischen der Gotthardbahngesellschaft und Herrn L. Favre in Folge dieses Vertrages entstehen, zur Beurtheilung in erster und letzter Instanz dem schweizerischen Bundesgericht zu unterbreiten, sofern dieselben nach Massgabe der Bundesgesetzgebung vor dieses Tribunal ge-

zogen werden können. Nach Absatz 3 desselben Artikels soll das Bundesgericht eintretenden Falls ersucht werden, seine Entscheidung auf Grund des Luzerner Rechts zu treffen.

Die Bestimmung des örtlichen Civilrechts, dessen Herrschaft die Privatpersonen und ihre Rechtsverhältnisse unterliegen, ist zwar kein Gegenstand der Parteiwahl, sondern vom positiven Recht geregelt.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I, § 23, Note 79.

Allein die Gesetzgebung aller Länder gestattet in Ausgestaltung der Privatrechtsverhältnisse den Betheiligten grossen Spielraum und soweit die Privatautonomie reicht, hat auch die Uebereinkunft Geltung, dass ein Vertragsverhältniss nach denjenigen Regeln geordnet sein soll, welche die Gesetzgebung eines bestimmten Landes für Verhältnisse solcher Art aufstellt.

Die Frage, ob eine Partei wegen Erfüllung vertragsmässiger Verbindlichkeiten dem Gegner Sicherheit zu bestellen hat, fällt dem Gebiete der ergänzenden Gesetze anheim, welche der Selbstbestimmung der Parteien weichen; denn es hätte von den Vertragstheilen die Kautionspflicht ebenso gültig wegbedungen, wie schlechthin aufgestellt werden können. Daher unterliegt die Wirksamkeit der Uebereinkunft in Art. 14, Absatz 3 für die vorwürfige Rechtsfrage keinem Bedenken.

Nur nebenbei soll bemerkt werden, dass auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das anzuwendende örtliche Recht auf das Civilrecht des Kantons Luzern hinführen, man mag in der bestrittenen Lehre von der räumlichen Herrschaft der Gesetze dieser oder jener Theorie huldigen.

Savigny, System des römischen Rechts Bd. VIII, S. 247 mit S. 216 fg.

Windscheid, Pandekten § 35, Note 6.

5) Gleichwohl wird sich die nachfolgende Beurtheilung nur auf dem Boden des in Deutschland geltenden gemeinen Civilrechts bewegen aus folgendem Grund. In dem *Mémoire en réplique* des Klägers, Pag. 37, findet sich die Behauptung, dass

nach Luzerner Recht beim Stillschweigen der einheimischen Gesetze das Urtheil aus dem Herkommen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu schöpfen sei und dass die Luzerner Gerichtspraxis unter den letzteren hauptsächlich das römische und das sogenannte gemeine deutsche Recht verstehe. Gemäss diesem Standpunkt wird im Mémoire versucht, das klägerische Verlangen aus den Vorschriften des römischen Rechts zu begründen.

Mit Rücksicht hierauf bin ich von der Beklagten um Abgabe meiner rechtlichen Meinung darüber aufgefordert worden, ob das Klagbegehren nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Civilrecht gerechtfertigt sei. Und wenn man erwägt, dass das Luzerner Civil-Gesetzbuch, wenn auch nur mittelbar, auf dem bürgerlichen Gesetzbuch für die österreichischen Staaten ruht und demgemäss in letzter Linie im gemeinen deutschen Recht wurzelt, so dürfte zur Lösung von Fragen, welche im Luzerner Gesetzbuch eine ausdrückliche Regelung nicht erfahren haben, kein Recht mit mehr Fug herangezogen werden, als das sogenannte gemeine Recht Deutschlands.

B. Rechtliche Natur des zwischen den Streitstheilen bestehenden Vertragsverhältnisses.

6) Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est; d. h. so oft eine Sache übergeben wird, damit aus ihr oder an ihr etwas (gegen Entgelt) gemacht werde, liegt eine Verdingung vor. Diese Worte der L. 22 § 1 locati 19, 2 enthalten die kürzeste und bestimmteste Antwort auf die gestellte Frage. An der Anerkennung einer Werkverdingung (locatio conductio operis) darf der Umstand nicht irre machen, dass der Uebernehmer zur Ausführung des Werks manche Anschaffungen zu machen, manche Materialien zu liefern hat. Wenn bei einem Bauakkord der Bauherr nichts als den Grund und Boden stellt und der Uebernehmer alles Uebrige auf seine Rechnung zu beschaffen hat, so liegt eine Werkverdingung und nichts als Werkverdingung

vor[1]). Sehr entschieden hat die römische Jurisprudenz die Annahme eines aus Kauf und Verdingung gemischten Geschäfts zurückgewiesen[2]) und wir erkennen auch darin ihren glücklichen Takt, denn solche Zwittergebilde führen in der rechtlichen Beurtheilung nicht selten zu schwer entwirrbarer Verwicklung.

Es sei bloss auf Eines hingewiesen. Nach der Natur des Kaufvertrags hat jeder Theil nur Zug um Zug zu erfüllen; bei dem Miethvertrag dagegen muss derjenige mit seiner Leistung vorangehen, welcher seine Sache oder seine Dienste vermiethet oder die Erstellung eines Werks übernommen hat. Nun wird regelmässig das Entgelt für die Gesammtleistung des Vermiethers und beziehungsweise Uebernehmers in einheitlicher Weise verabredet. Wie soll dem gegenüber zugleich das Recht des Kauf- und das Recht des Miethvertrags zur Geltung kommen?

Die entgegengesetzten Ausführungen auf Seite 37 fg. der Replikschrift sind vom Standpunkt des gemeinen Rechts unhaltbar.

C. Das Klagbegehren vom Standpunkt allgemeiner Erwägungen.

7) Den Ansprüchen aus den verschiedenen Anwendungen der locatio conductio gegenüber räumt schon das römische Recht dem Richter eine freiere, nicht durch den Wortlaut der Verabredung begrenzte, sondern Recht und Pflicht nach Treu und Glauben abwägende Beurtheilung ein. Die locatio conductio erzeugte eine obligatio bonae fidei.

Die Ausbildung des Begriffs der bona fides gehört zu den grossartigsten Leistungen der römischen Rechtswissenschaft.

---

[1]) L. 22 § 2 locati 19, 2: Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est. L. 20 de contrah. emt. 18, 1.

[2]) L. 2 locati 19, 2: sed placet unum esse negotium. § 4 Inst. de locat. 3, 24.

Aber die Grösse der Leistung liegt nicht darin, dass — sondern wie dieser Begriff zur Ausbildung gebracht wurde. Bona fides und aequitas sind als Elemente der juristischen Technik schneidigen Instrumenten vergleichbar. In der Hand des Meisters leisten sie vortreffliche Dienste, während der Stümper mit ihnen ebenso grossen Schaden stiften kann.

Bei den Folgerungen aus der freieren Natur eines Rechtsverhältnisses darf nie übersehen werden, dass die bona fides nach beiden Seiten wirkt.[3]) Einseitige Rücksichtnahme auf das Interesse eines Theils schlägt zur Unbilligkeit und Verletzung der guten Treue gegen den andern aus. Hierüber äussert sich ein neuerer Schriftsteller[4]):

«Wie der Gläubiger vom Schuldner Alles verlangen kann, was die bona fides gebietet, so darf er andrerseits auch nicht mehr und nicht eine stärkere Anspannung fordern als das Mass der schuldigen guten Treue mit sich bringt. . . . Mit der guten Treue kann es regelmässig nicht vereinbar erscheinen, dass man als Verpflichteter schlechthin einzustehen habe für alle gar nicht voraus zu sehenden Wechselfälle einer blinden und oft tückischen Zukunft, auch wenn diese Wechselfälle weder direkt noch indirekt mit einem fehlerhaften Willen des Verpflichteten in Zusammenhang stehn. Vielmehr muss man, wo anstatt formaler Buchstabeninterpretation der innere Geist und Sinn eines Verpflichtungsakts das Entscheidende ist, im Zweifel annehmen, dass die Verpflichtung hinsichtlich der Zwischenfälle der Zukunft nicht über das Gebiet eigner Zurechnung hinaus gewollt war. So etwa lässt sich der innere Gedanke fassen, den hier die römischen Juristen richtig und mustergültig ausgeprägt haben.»

8) Kraft der bonae-fidei-Natur eines Geschäfts ist als Norm eines Vertragsverhältnisses alles dasjenige anzusehen, was billig denkende Leute sich gegenseitig zu bewilligen pflegen.

---

[3]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. V S. 463 fg.
[4]) Hartmann, die Obligation. S. 243.

Hieraus folgt keineswegs, dass eine Partei schon darum von einem Vertrag zurücktreten kann, weil die Umstände, unter welchen er geschlossen wurde, sich in der Zwischenzeit geändert haben; die sog. clausula rebus sic stantibus ist dem römischen Recht unbekannt. Ich darf mich der Mühe entheben, hiefür Beweisstellen anzuführen. Es stimmen in diesem Satze vom Standpunkt des gemeinen Rechts heutzutage alle Schriftsteller und alle Gerichtshöfe überein.

Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. I § 45 zu Frage 2.

Seuffert prakt. Pandektenrecht § 279 Note 9 und 10.

Seuffert's Archiv für oberstricht. Entscheidungen Bd. II. Nr. 165; VI Nr. 137; VIII Nr. 253; X Nr. 7; XXVI Nr. 212.

Ebensowenig gibt einer Partei der Umstand ein Recht zum Rücktritt, dass sie sich in der Vermögenslage des Gegners getäuscht hat, sofern ihr Irrthum nicht von der andern Seite absichtlich hervorgerufen wurde.

Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis ejus (L 19 de reg. jur. 50, 17).

9) Die Forderung einer Sicherheitsleistung wegen der Erfüllung einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit enthält nicht blos immer eine Beschwerniss für den Schuldner[5]), sondern hebt unter Umständen den Vortheil der vertragsmässigen Kreditgebung nahezu auf, ja sie kann dem Erfolge nach geradezu eine Forderung zur Vorleistung sein. Der zur Beurtheilung stehende Fall liefert hierfür einen schlagenden Beleg.

Nehmen wir an, Herr Favre stehe noch am Beginn der Vertragsausführung, und weil er mittlerweile in Erfahrung gebracht hat, dass die Vermögensverhältnisse der Gotthardbahngesellschaft minder günstig sind, als er sich dieselben bei Eingehung des Vertrags vorstellte oder als sie damals in Wirklich-

---

[5]) L. 14 ut legator. 36, 3: perquam iniquum esse supervacua cautione onerari heredem. L. 3 i. f. ut in poss. legat. 36, 4.

keit waren, fordert er Realsicherheit für den ganzen Uebernahmspreis von rund 48 Mill. Frkn. Was heisst das? Von einer Grundversicherung in diesem Betrag kann bei einer erst ins Leben getretenen Aktiengesellschaft nicht die Rede sein. Ebensowenig sind für solche ungewöhnliche Summen Bürgen zu finden. Mithin läge in jenem Verlangen die Zumuthung an die Gotthardbahngesellschaft, ein Kapital von 48 Mill. Frkn. sofort flüssig zu machen. Das Beispiel des einen Kreditgebers würde zweifellos Nachahmung finden, und damit wäre der Ruin des Unternehmens so ziemlich besiegelt, ohne dass eine wirkliche Zahlungsunfähigkeit vorliegt oder wenigstens festgestellt ist.

10) Ich bin nicht der Meinung, dass mit Betrachtungen so allgemeiner Art, wie sie unter dieser und der vorigen Nummer gepflogen würden, die aufgeworfene Frage endgültig zu lösen sei. Die Gesetzgebung kann von einem andern Standpunkt ausgehen und entgegengesetzte positive Bestimmungen aufstellen, welche unabhängig von ihrem innern Werth der Rechtsanwendung zur Richtschnur zu dienen haben. Allein so viel geht aus dem Bisherigen hervor, dass eine Befugniss des Gläubigers zu der in ihren Folgen so bedenklichen Forderung von Realsicherheit wegen noch nicht fälliger Ansprüche nur auf Grund unzweideutiger Rechtsnormen anerkannt werden darf und dass man sich hüten muss, einseitigen Billigkeitserwägungen die Herrschaft zu lassen.

D. Die Aussprüche des römischen Rechts über die Forderung von Realsicherheit wegen künftig fälliger Ansprüche.

1. Begriff von cautio.

11) Gegenüber dem heutigen Sprachgebrauch erscheint die Bemerkung nicht überflüssig, dass cautio in der Rechtssprache der Römer zwar immer eine Sicherung, keineswegs aber immer eine Sicherung gegen Zahlungsunfähigkeit oder Flucht des Schuldners, kurz Realsicherheit bedeutet. Keller Pandekten § 109

schliesst seine Erörterungen über die Kautionen mit den Worten: «Uebrigens wird man dieses Institut nie richtig auffassen, wenn man schon in den Begriff der Kaution die «Sicherheit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit» legt, und von der ganzen Sache so spricht, als wenn jede Kaution ohne satisdatio gleichsam eine verminderte Kaution schon dem Begriffe nach wäre».

Die Kautionen verfolgten gar verschiedene Zwecke.

Nicht selten diente eine Kaution dazu, Jemanden einen klagbaren Anspruch aus Verhältnissen zu verschaffen, wo das positive Recht eine actio nicht bot, z. B. cautio damni infecti, cautio pro evictione der älteren Zeit. Bei dem «beschränkt und lückenhaft ausgebildeten Klagensystem der Römer» und in Folge des Grundsatzes: bis de eadem re ne sit actio war gerade dieser Anlass der cautio ein sehr häufiger.

Zuweilen wurde die Kaution neben einer bestehenden Verbindlichkeit errichtet, aber lediglich um dieselbe fester zu begrenzen, den oft schwierigen Beweis ihres Umfangs zu ersparen [6]) oder dem Berechtigten ein Forderungsmittel zu bieten, welches ihm eine günstigere Rechtsverfolgung gewährte. Den letzteren Dienst leistete die Stipulatio[7]).

Die Kaution richtete sich wol auch gegen die Bestreitung von Rechten und endlich gegen die mangelnde Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

Dem entsprechend gestaltete sich auch der Inhalt der Kautionen verschieden.

Die Kaution konnte bestehen in einem blossen vertragsmässigen Versprechen (nuda promissio, repromissio) oder in einem eidlich bestärkten Versprechen (cautio juratoria) oder in Sicherungsmitteln, welche ausserhalb der Person des Verpflich-

---

[6]) L. 11 de praetor. stipul. 46, 5: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit.

[7]) L. 71 § 1 de legatis I° (30): officio judicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio. L. 1 § 4 de stipul. praetor. 46, 5: et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

teten lagen, durch Bürgen (satisdatio), durch Unterpfand (cautio pigneraticia), durch Sequestration, durch Einweisung des Berechtigten in den Besitz einer Sache oder eines ganzen Vermögens (missio in possessionem). Auch die Urkunde über ein Rechtsgeschäft, insbesondere über eine stipulatio wird cautio genannt, weil sie dem Berechtigten den Beweis seines Rechtes sichert.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob man, wie es in einer jüngst erschienenen Schrift geschieht[8]), den Satz aufstellen darf, dass nach dem Sprachgebrauch der römischen Rechtsquellen cautio schlechtweg die blosse Verbalkaution durch Stipulation bedeute, obwohl gar Manches dafür spricht, so die Bezeichnung der nuda promissio als *solita* cautio (L 5 pr. her. pet. 5, 3), die Wendung: cautio scilicet nuda promissio [9]). Jedenfalls ist der Gebrauch von cautio und cavere im Sinn des blossen Versprechens so häufig, dass die Vermuthung nicht für die Realkaution streitet. Allerdings von denjenigen Kautionen, zu deren Errichtung der Prätor zwingt, waren die meisten satisdationes [10]). Ein Gleiches lässt sich aber von den durch den Judex auferlegten nicht behaupten. Die Auslegungsregel Justinians, dass unter cautio im Zweifel blosse Verbalkaution zu verstehen sei [11]), möchte auch ich nach dem Zusammenhang, in welchem das Gesetz uns überliefert ist, nur auf die durch Rechtsgeschäft begründete Kautionspflicht beziehen.

---

[8]) Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts S. 58.

[9]) Weitere Belege bei Gneist, Die formellen Verträge S. 233 fg., wo sich der Satz findet: «Gerade für die nuda promissio ist indessen cautio technisch». Vgl. auch Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 2.

[10]) L. 1 § 4 de praet. stipul. 46, 5: Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt, quae satisdationem exigunt, quaedam nudam promissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent.

[11]) Const. 3 de verb. et rer. signif. 6, 38.

2. Unzweifelhafte Fälle der gesetzlichen Verpflichtung zur Leistung von Realsicherheit.

12) Wir begegnen in den Quellen des römischen Rechts nicht selten der gesetzlichen Verpflichtung zur Leistung von Realsicherheit (satisdatio) für die Erfüllung künftiger Verbindlichkeiten, sei es, dass deren Entstehung noch ungewiss oder, dass nur die Fälligkeit hinausgeschoben ist. Um sich aber ein Urtheil zu bilden, ob von diesen Fällen ein Schluss auf die Beschaffenheit der Kaution in andern statthaft ist, wird es nothwendig, jene etwas genauer zu betrachten. Ich beschränke mich auf die civilrechtlichen und unter ihnen auf diejenigen, welche für die hier zu lösende Frage entweder schon angezogen sind oder mit einigem Fug angezogen werden können. Nichts gefährdet die Gewinnung von richtigen Ergebnissen so sehr als das planlose Zusammenwerfen von unter sich verschieden gearteten Bestimmungen.

13) Eine recht zahlreiche Anwendung der Satisdationspflicht bietet das Erb- und Vermächtnissrecht. Nur durch Satisdation kann der bedingt eingesetzte Erbe vor Eintritt der Bedingung den Anspruch auf den Besitz des Nachlasses erlangen. Wegen bedingter und betagter Vermächtnisse muss der Beschwerte auf Verlangen Sicherheit durch Bürgen bestellen, und das mit einer Auflage belastete Vermächtniss kann dem Bedachten so lange vorenthalten werden, bis er die Erfüllung der Auflage durch Bürgen versichert hat.

In diesen und den verwandten Fällen treffen nun mehrere Gründe zusammen, die Auferlegung der Satisdationspflicht zu rechtfertigen: mit der Rücksicht auf den Berechtigten ebenso bestimmend oder noch mehr die Rücksicht auf den Willen des Erblassers, dann der Umstand, dass der Pflichtige aus dem Vermögen des Erblassers eine Bereicherung hat oder empfängt, der gegenüber die Beschwerniss mit einer Realkaution als keine zu

harte Forderung erscheint [12]). Hie und da wird die Pflicht der Satisdation mittelst weiter Auslegung auf die Bestimmung des Erblassers zurückgeführt [13]).

Bemerkenswerth ist für alle diese Fälle, dass die Vermögenslage des Pflichtigen kein entscheidendes Moment weder für die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung an sich noch für die Beschaffenheit der letzteren bildet [14]).

14) In naher Verwandtschaft mit den eben betrachteten Beispielen steht die Satisdationspflicht des Usufructuars und Usuars. Ursprünglich auf den letztwillig hinterlassenen Usus und Usufructus ist sie erst später auf die andern verhältnissmässig nicht häufigen Fälle der Bestellung ausgedehnt worden [15]).

Anders gelagert ist der Fall der L. 31 de reb. auctor. jud. possid. 42, 5: der in schlechten Vermögensumständen befindliche Erbe hat auf Verlangen den Erbschaftsgläubigern Realsicherheit wegen ihrer Befriedigung zu leisten, widrigenfalls dieselben zur Besitznahme und zum Verkauf des Nachlasses ermächtigt werden; dieser Pflicht unterliegt aber nur derjenige Erbe, gegen welchen der Verdacht einer Veräusserung von Erbschaftsgegenständen begründet ist. Die Vorschrift ist, gleich der in ähnlicher Richtung sich bewegenden Rechtswolthat der Gütertrennung, ein Ausfluss der fürsorgenden Thätigkeit des Prätors zum Besten der Erbschaftsgläubiger, um sie gegen die Nachtheile des Schuldnerwechsels zu schützen. Die Ausnahmsnatur dieser Maassregeln liegt offen zu Tage.

---

[12]) L. 1 § 2 ut legator. 36, 3: Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisdabitur eis aut, si non satisdatur, in possessionem bonorum venire praetor voluit.

[13]) L. 40 § 1 de condic. et dem. 35. 1.

[14]) L. 1 § 1 ut legat. 36, 3: Semper autem satisdare cogitur, cuiuscunque sit dignitatis vel facultatium quarumcunque heres.

[15]) L. 13 pr. de usufr. 7, 1. L. 1 pr. § 2 usufruct. quemadm. 7, 9. Windscheid, Pand. § 204, Note 6.

15) Aus L. 24 § 2 soluto matrim. 24, 3 ist für die hier zu lösende Frage nichts zu gewinnen. Es heisst: so oft der Mann wegen Rückgabe der Dos der Frau zur Sicherheitsleistung durch Bürgen verpflichtet ist, soll er zur sofortigen Rückerstattung verurtheilt werden, wenn er keine Bürgen stellt. Ueber die Voraussetzungen, unter welchen die Satisdationspflicht platzgreift, sagt die Stelle nichts. Es wäre willkürlich, den Sinn hineinzutragen, dass überall, wo der Mann die Dos erst nach bestimmter Zeit zurückzugeben habe, die Frau die Leistung von Realsicherheit zu fordern berechtigt sei [16]). Angenommen aber auch, es werde in L. 24 § 2 cit. die Satisdationspflicht dem Mann für den Fall auferlegt, dass er von der gesetzlichen Vergünstigung Gebrauch macht, gewisse Bestandtheile der Dos erst innerhalb einer bestimmten Frist von Auflösung der Ehe an herauszugeben [17]), so würde doch diese Vorschrift darin eine besondere Rechtfertigung haben, dass die gesetzliche Gunst gegen den Mann nicht die Interessen der Frau gefährden soll.

Die Vermögenslage des Mannes ist auch für diese Kautionspflicht unerheblich.

16) In nähere Berührung tritt mit unserer Frage der Ausspruch in L. 58 § 2 locati 19, 2; er wird von manchen Schriftstellern geradezu für entscheidend erachtet, z. B. von

Wächter, Würtemb. Privatr. Bd. II. § 52 Note 15.

Mit welchem Rechte, wird eine nähere Betrachtung zeigen.

Jemand hatte ein Bad gepachtet; zur Vornahme gewisser Verbesserungen war ihm vom Verpächter eine bestimmte Summe versprochen. Der Jurist sagt: der Verpächter könne vor Aushändigung des Gelds bürgschaftliche Sicherheit für die bestimmungsgemässe Verwendung desselben verlangen.

---

[16]) Ueber einen historischen Fall der Satisdationspflicht Czyhlarz, Dotalrecht § 105. Das vor oder während der Ehe gegebene Versprechen des Mannes, der Frau für die künftige Rückgabe der Dos Bürgen zu stellen, ist nach dem neuesten römischen Recht unverbindlich. C. 1 u. 2 Cod. ne fidejuss. vel mand. dot. 5, 20.

[17]) So Brinz, Pandekten (1. Aufl.) S. 1277. AG. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. XXXII Nr. 57.

Es liegt hier ein durch Vertrag begründetes Verhältniss vor, dazu eine obligatio bonae fidei; das ist der Beweiskraft der Stelle günstig. Aber es ist nicht zu übersehen, dass die Kautionspflicht nicht wegen der künftig fälligen Pachtzinsen d. h. wegen der Hauptverpflichtung aus dem Vertrag aufgestellt wird, sondern wegen Erfüllung der an eine Nebenleistung des Verpächters geknüpften Auflage. Aus der Stelle lässt sich daher nur folgender allgemeine Satz entnehmen: «Die vertragsmässige Zusage einer Vermögenszuwendung unter einer Auflage braucht nur gegen Bürgschaftsstellung wegen Erfüllung der Auflage vollzogen zu werden.» Eine gleiche Behandlung tritt bei den Vermächtnissen unter einer Auflage ein (vgl. Nr. 13), und derselbe Jurist, von dem L. 58 § 2 cit. herrührt (Labeo), billigt die Satisdationspflicht bei der Vermächtnissauflage [18]).

Endlich muss betont werden, dass sich auch in L. 58 cit. keinerlei Bezugnahme auf eine in den besondern Vermögensverhältnissen des Pflichtigen zu suchende Gefährdung der Erfüllung findet.

3. Bedeutung der L. 41 de judiciis 5, 1 und der L. 38 pr. pro socio 17, 2.

16) Wer der bisherigen Betrachtung gefolgt ist, wird sich der Ueberzeugung nicht entziehen können, dass die zweifellosen Gebote der Realsicherheit dem Satz keinen Anhalt bieten, dass in den Obligationen aus bonae fidei contractus von jedem Verpflichteten die Stellung einer Realsicherheit für die Erfüllung einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit gefordert werden kann, wenn in seinen Vermögensverhältnissen eine die Befriedigung des Gläubigers gefährdende Aenderung eingetreten ist. Ich habe dabei die Satisdationspflicht des Tutor und des Arrogator impuberis nicht in Rechnung gezogen. Allein daraus wird mir kein denkender Jurist einen Vorwurf machen [19]).

---

[18]) L. 40 § 5 de condic. 35, 1.

[19]) Auch sind verschiedene Stellen übergangen, welche sich in dem Mémoire en réplique angezogen finden. Ich kann es nicht für meine Aufgabe erachten, handgreiflich werthlose Citate zu besprechen.

Nun gibt es allerdings einige Aussprüche in den Quellen, welche dem mit römischen Rechtseinrichtungen weniger Vertrauten leicht als unmittelbare Bestätigung des behaupteten Satzes erscheinen können, ja selbst von eingeweihten Juristen in diesem Sinne gedeutet werden. Die gewichtigsten von diesen angeblichen Zeugnissen sind die an der Spitze genannten Stellen. Müssen sie als beweisunkräftig preisgegeben werden, so können die andern keine ernstliche Schwierigkeit machen. Die Untersuchung wird zweckmässiger mit dem konkreteren Ausspruch der L. 38 pr. pro socio eröffnet werden.

a) L. 38 pr. pro socio 17, 2.

17) Paulus libro sexto ad Sabinum. — Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi.

Ein Gesellschafter hat seinen Mitgesellschafter mit der actio pro socio belangt. Worauf? Das sagt uns zwar Paulus in dieser Stelle nicht, ist uns aber gleichwol bekannt. Die actio pro socio war eine actio bonae fidei. In den judiciis bonae fidei konnte in der vom Prätor zu ertheilenden Anweisung (formula) der klägerische Rechtsanspruch, welcher den Gegenstand der richterlichen Untersuchung bildete, nur allgemein und unbestimmt bezeichnet werden: «Alles was der Beklagte aus dem vorher genannten Rechtsverhältnisse dem Kläger schuldig ist» (quidquid ob eam rem eum actori dare facere oportet ex fide bona); die intentio war eine incerta. Gesetzt nun, zur Zeit als die Klage bei Gericht anhängig war, befand sich ein Geschäft, welches ein Gesellschafter auf seinen Namen (wie es allein möglich war) aber im Interesse der Gesellschaft abgeschlossen hatte, im Stadium der Schwebe; wie wurde es mit demselben gehalten? Bei Bemessung der gegenwärtigen Schuldigkeit des Beklagten gegenüber dem Kläger konnte es nicht in Ansatz gebracht werden. Nun sollte man glauben, diess habe keine

Noth gemacht; man habe die noch unreife Angelegenheit ausser Berücksichtigung gelassen und dem Berechtigten anheimgestellt, nach Abwicklung derselben neuerdings mit der actio pro socio gegen den Schuldigen hervorzutreten. Dem letzteren Beginnen trat aber eine Schwierigkeit entgegen in dem altrömischen Grundsatz: bis de eadem re ne sit actio (judicium) d. h. es wird über dieselbe «Klagsache» nur einmal ein judicium gegeben. Die Römer hatten dafür die mehr greifbare Anschauung: durch die Unterwerfung unter ein judicium (richterliche Untersuchung) wird das Klagerecht aufgezehrt (actio litis contestatione tollitur, consumitur); die Neueren sprechen von der prozessualischen Konsumtion. Bei den actiones mit intentio incerta fand nun die Eigenthümlichkeit statt, dass zwar die Gesammtberechtigung des Klägers aus dem bezeichneten Rechtsverhältnisse «in das Gericht gezogen wurde» (res in judicium deducitur) und dass daher über irgend einen Anspruch aus diesem Rechtsverhältnisse ein zweites judicium nicht zu erlangen war, die Verurtheilung dagegen sich auf das gegenwärtig Geschuldete beschränkte und die noch unreifen Ansprüche nicht in Rechnung brachte.

Dieses auffallende Missverhältniss zwischen dem Umfang der Konsumtion und der Kondemnation ist so bestimmt bezeugt, dass über die Richtigkeit kein Zweifel besteht, so wenig man über den Grund einig ist.[20])

Wie war dem zu entgehen? Zuwarten mit der Klagerhebung, bis alle Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse zur Reife gediehen waren, schloss für den Berechtigten ein unter Umständen empfindliches Opfer in sich. Es war ein Bedürfniss, gegen den säumigen Schuldner schon vorher klagbar vorgehen zu können. Nicht die einzige, aber eine Aushilfe bot sich nun darin, dass der urtheilende Richter den Beklagten zu einem Versprechen, das noch künftig Anfallende zu leisten, veranlasste und erforderlichenfalls zwang. Dieses Versprechen wurde in einem Vertrag zwischen Kläger und Beklagten (Stipulatio) ein-

---

[20]) Ich verweise auf Keller, Der römische Civilprozess § 41.

gekleidet, und weil dieselbe ein formell neues Rechtsverhältniss begründete, so war damit der Kläger dem praktischen Erfolge nach gegen den Nachtheil der prozessualischen Konsumtion gedeckt, denn es war ihm nun für die künftigen Ansprüche eine actio gesichert.

18) Das hervorgehobene Missverhältniss zwischen Konsumtion und Kondemnation konnte noch einen andern Anlass haben. Es gab Klagerechte, denen gegenüber der Beklagte die Möglichkeit hatte, die Beschränkung der Kondemnation auf «das was er zur Zeit leisten kann (quantum facere potest)» zu erwirken. Gerade die actio pro socio war ein solches Klagerecht. In Folge dessen konnte sich leicht zutragen, dass der Kläger nicht seine volle Befriedigung zugesprochen erhielt, obwol die Forderung an sich auf den ganzen Umfang begründet erfunden war. Nach Besserung der Vermögensumstände seines Schuldners wiederholt zu klagen war ihm durch die prozessualische Konsumtion abgeschnitten. Auch hier konnte und musste der urtheilende Richter aushelfen durch Auferlegung einer cautio. Für diesen Fall ist die Natur der cautio als nuda promissio ausdrücklich bezeugt[21]). Dadurch sind wir in den Stand gesetzt zu beurtheilen, welche cautio officio judicis praestanda in einer andern Stelle (L. 47 § 2 de peculio 15, 1) gemeint ist. Auch anderwärts kann die nicht näher bezeichnete cautio, welche auf Befehl des judex zu errichten ist, nur auf nuda promissio gedeutet werden z. B. in L 1 § 2 de usuris 22, 1. Hier wird gesagt: selbst in einem bonae fidei judicium dürfe der Richter den Beklagten nicht zu einer Kaution anhalten wegen Zahlung von Zinsen aus der Urtheilssumme, falls deren Entrichtung verzögert wird; denn der obsiegende Kläger habe in seiner Macht, die Erfüllung des Urtheils rechtzeitig zu erzwingen. Wenn hier der Jurist an Realsicherheit wegen Zahlungsflucht oder Zahlungsunfähigkeit

---

[21]) L. 63 § 4 pro socio 17, 2: Item videndum, an cautio veniat in hoc judicium eius quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio: quod magis dicendum arbitror. Keller in Bekkers Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. III, S. 164 fg.

des Verurtheilten dächte, so wäre unerklärlich, warum diese Sicherung nur auf die Zinspflicht und nicht auf die Hauptschuld erstreckt werden soll. Dagegen schwindet jedes Bedenken, sobald man in der cautio das Mittel erblickt, um dem Gläubiger einen klagbaren Anspruch auf Zinsen wegen verzögerter Erfüllung der Judikatsschuld zu verschaffen; denn die gesetzliche Zinspflicht des mit der Zahlung säumigen verurtheilten Schuldners ist erst jüngeren Datums[22]).

Schliesslich möchte ich noch auf folgende Stelle aufmerksam machen: Im Erbtheilungsprozesse muss der Richter Sorge tragen, dass auf alle Erben ausgeschlagen werde, was einer von ihnen aus der Erbschaft bezogen hat, und kann diess verwirklichen entweder durch unmittelbare Anrechnung auf den Theil des Bereicherten oder durch die Veranlassung von «cautiones», durch welche Vortheil und Nachtheil aus der Erbschaft unter den Miterben gemeinschaftlich gemacht werden.[23]) Der angegebene Zweck begründet eine starke Vermuthung, dass die hier in Frage befindlichen cautiones nichts weiter sind als wechselseitige vertragsmässige Verpflichtungen zum verhältnissmässigen Ersatz. Ueberdiess erinnern dieselben an die stipulationes partis et pro parte, durch welche die Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben und einem legatarius partiarius sowie zwischen dem Erben und einem Universalfideikommissar in früherer Zeit geregelt wurden.[24]) Dass diese stipulationes blosse persönliche Versprechungen enthielten, ist kein Zweifel.

---

[22]) Const. 2 de usur. rei judic. 7, 54.

[23]) L. 19 famil. ercisc. 10, 2: Item ex diverso similiter prospicere judex debet, ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur judex, si aut reputationes inter eos fecerit aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda.

[24]) Gai. Inst. II §§ 254, 257. § 254 i. f.: unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. Vgl. auch die emptae et venditae hereditatis stipulationes bei Gai. Inst. II §§ 252, 257.

19) Betrachten wir am Hintergrunde der bisherigen Ausführung unsere L. 38 pr. cit., so wird uns die wahre Bedeutung der cautiones, durch welche der Richter wegen künftigen Schadens und Gewinns bei bonae fidei judicia Vorsorge zu treffen hat, nicht länger zweifelhaft sein. Es soll dem Berechtigten, der wegen bereits fälliger Ansprüche Klage erhoben, dadurch aber die actio aus dem besonderen obligatorischen Verhältnisse nach prozesssualischen Grundsätzen aufgebraucht hat, eine actio verschafft werden, um die erst später aus diesem Rechtsverhältnisse sich entwickelnden Ansprüche alsdann klagweise verfolgen zu können. Diese Fürsorge steht mit dem Wesen der bonae fidei judicia im engen Zusammenhang, ja sie ist zur Ausgleichung einer durch die Prozesseinrichtungen verursachten Unbilligkeit in gewissem Maasse geboten; sie beschwert auch den Kautionspflichtigen nicht, derselbe soll nur in rechtsverbindlicher Form versprechen, zu leisten, was er schuldig werden wird.

Wie ganz anders stellt sich nun die Deutung der cautiones im Sinne einer Realsicherheit wegen möglichen Vermögensverfalls auf Seite des Pflichtigen. Damit wird ein Gedanke in das Gesetz getragen, zu welchem die bonae fidei judicia an sich keinen Anlass geben. Man schafft eine Begünstigung des einen Vertragstheils auf Kosten des andern, denn die Aufbringung einer Realsicherheit ist eine andere Aufgabe als die Ablegung eines einfachen Versprechens —, thut diess unter Umständen, wo vielleicht noch ungewiss ist, ob ein Anspruch zur Entstehung gelangen wird —, und dazu schlechthin, ohne dass die Vermögensumstände des Verpflichteten dafür eine Rechtfertigung geben, denn ein solcher Vorbehalt wird im Gesetz nicht gemacht.

Ich meine, wie die Sache liegt, könne die Wahl nicht schwer fallen, für welche Auslegung man sich zu entscheiden habe. Die abweichende Auffassung älterer Juristen darf uns nicht überraschen. So lange eine tiefere Einsicht in die Gestalt des römischen Civilprozesses aus der Zeit der klassischen Jurisprudenz fehlte — und diess war bis zur Entdeckung von Gaius' Institutionenkommentar im Jahre 1816 der Fall — konnte

der wahre Grund dieser cautiones nicht erkannt werden. In neuerer Zeit hat die hier vertheidigte Beziehung mehrfach Vertretung gefunden[25]).

20) Man kann der Erklärung, welche im Vorstehenden von der L. 38 pr. cit. gegeben wurde, vollkommen beistimmen und dennoch vom Standpunkt des justinianischen Rechts zu einem andern Ergebniss gelangen. Der Grund ist folgender:

Die prozessualische Konsumtion und damit zusammenhängend das eigenthümliche Missverhältniss von Konsumtion und Kondemnation ist im späteren römischen Rechte weggefallen. Dahin geht wenigstens die herrschende Meinung, der ich mich unbedingt anschliesse. Nimmt man diess an, so entbehrt die in L. 38 cit. angeordnete Kautionspflicht derjenigen Rechtfertigung, welche oben behauptet wurde und im Sinne des Juristen Paulus immerhin zutreffend sein mag. So sieht man sich vor die Wahl gestellt, entweder dem Gesetz, weil in das System des justinianischen Rechts nicht passend, die praktische Geltung zu versagen, oder nach einer Erklärung zu suchen, welche vom Standpunkt des späteren Rechts stichhaltig ist.

Die Amputation eines kranken Gliedes ist zwar eine sehr einfache, aber immer bedenkliche Hilfe. Auch angenommen, dass L. 38 pr. cit. einem mangelhaften Verständniss der Kompilatoren ihre Aufnahme verdankt[26]): sie steht einmal in dem Gesetzbuch und muss als Vorschrift des Gesetzgebers für verbindlich erachtet werden, wenn in ihr nur überhaupt ein mit dem übrigen Inhalt des Gesetzbuchs vereinbarer Sinn gefunden werden kann. Einen

---

[25]) Bekker, Die Aktionen des römischen Privatr. Bd. II, S. 49, Note 21. Vgl. auch Wetzell, System des ordentl. Civilpr. § 46, Note 36—38. Wenn die Restitution der Formula, welche Rudorff, de jurisdictione edictum p. 122 für die actio pro socio entwirft, das Richtige trifft, so würde schon die Anweisung an den judex blos auf repromittere oportere lauten.

[26]) Wetzell a. a. O.: «so ergibt sich das der Umsicht Justinians nicht eben günstige Resultat, dass die Cautionen des Verklagten (sc. cautiones officio judicis praestandae) im justinianischen Prozess keinen rechten Boden haben».

solchen gibt allerdings die Unterstellung einer Pflicht zur Leistung von Realsicherheit. Es fragt sich nur, ob wir zu dieser Erklärung und folgerecht zu der Inkaufnahme aller derjenigen Bedenken gedrängt sind, welche sich einem solchen Gebot vom gesetzgeberischen Standpunkt entgegenstellen. Und diess glaube ich nicht; auch als nuda promissio aufgefasst, hat die cautio nach L. 38 cit. ihren Werth.

21) Die Stipulation haben wir oben (Nr. 11) in ihrer die prozessualische Verfolgung von Ansprüchen begünstigenden Wirkung kennen gelernt. Sie diente nicht blos dazu, um «eine Verpflichtung aus dem Nichts hervorzurufen» (Keller), sondern auch um die gerichtliche Geltendmachung vorhandener Verbindlichkeiten zu erleichtern durch Verwandlung des Unbestimmten und Flüssigen in ein Bestimmtes und Begrenztes [27]) oder durch Erzeugung einer actio stricti juris und Schaffung einer selbstständigen Verpflichtungsgrundlage. Diese Bedeutung der stipulatio als bloss prozessualischen Sicherungsmittels ist unverändert in das justinianische Recht übergegangen.

War nun aus einer obligatio bonae fidei geklagt, so musste der Richter, um auch nur bezüglich eines einzelnen Anspruchs zu einem abschliessenden Urtheil zu gelangen, das Gesammtschuldverhältniss seiner Prüfung unterstellen, denn die Erwägung aller Seiten des zu Grunde liegenden Verhältnisses ist eine wesentliche Eigenthümlichkeit des bonae fidei judicium. So konnte nicht fehlen, dass er auch bezüglich der zur Verurtheilung noch

---

[27]) In neuester Zeit wurde bestritten, dass bei den mit bonae fidei actiones verbundenen Kautionsauflagen der in die Kautio aufzunehmende Inhalt spezifizirt worden sei (Degenkolb, Einlassungszwang S. 192). Ich halte diese Bestreitung nicht für gerechtfertigt, muss aber auf eine Begründung meines abweichenden Standpunkts hierorts verzichten, denn derselbe ist für den Zweck dieser Untersuchung nicht entscheidend. Vgl. Degenkolb a. a. O.: «Unzweifelhaft stellen jene Cautionen Sicherungsmittel dar, welche vor Allem der prozessualischen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen zu gute kommen... Die Cautio sichert durch Herstellung eines selbstständigen aktionsrechtlichen Fundaments, sie bezieht sich auf die Schaffung einer bestimmten actio nach der Seite ihrer causa».

nicht reifen Ansprüche zu einer festen Ueberzeugung gelangte. Dieser Gewinn wäre für die Parteien nutzlos gewesen, wenn sich die Aufgabe des Richters in der Kondemnation zu dem gegenwärtig Geschuldeten erschöpft hätte. Der noch nicht reife Anspruch wäre dem unbestimmbaren Erfolge einer erneuten Untersuchung durch einen andern Richter überantwortet geblieben, was jetzt schon als sicher vorlag, wieder in Unsicherheit verfallen. Sollte nicht dem Richter verstattet gewesen sein, wenigstens auf Antrag der betheiligten Partei das Ergebniss seiner Untersuchung in vollkommenerem Maasse zu verwerthen und für das erst künftig Fällige einen festen Rechtsboden und eine erleichterte Rechtsverfolgung zu schaffen? Was wir über die Stellung des judex im bonae fidei judicium wissen, spricht für die Bejahung dieser Frage.

Ich komme daher für das justinianische Recht auf Grund von L. 38 pr. cit. zu dem Satze, dass bei bonæ fidei obligationes der Gläubiger vor Gericht nicht blos eine Verurtheilung des Beklagten in dem Umfang der fälligen Ansprüche, sondern auch eine Feststellung der künftigen Leistungen in der Form eines Stipulationsversprechens erwirken konnte. Wir dürfen dies erweitern und sagen: der Gläubiger kann bei bonae fidei judicia neben der Erfüllung der fälligen Leistungen auch die Feststellung der nichtfälligen durch stipulatio begehren[28]).

b) L. 41 de judiciis 5, 1.

22) Papinianus libro undecimo quaestionum. — In omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Die Verwandtschaft mit der im Vorausgehenden betrachteten Gesetzstelle springt sofort in die Augen. Da wie dort wird dem Gläubiger aus einer obligatio bonae fidei ein Anspruch auf Kautionsleistung wegen künftig fälliger Forderungen zuerkannt. Während aber die Sicherstellung nach L. 38 cit. nur im Gefolge

[28]) Vgl. L. 27. L. 28 pro socio 17, 2.

einer allgemeineren Auseinandersetzung unter den Streitstheilen auftritt, kann nach L. 41 cit. hierauf selbständige Klage erhoben werden [29]). Wenigstens müssen wir dem Gesetz nach dem Wortlaut, wie ihn das Gesetzbuch Justinians überliefert, diesen umfassenderen Sinn beilegen. Hiegegen schlägt freilich die Erklärung der Kautionsauflage als Abhilfe gegen die Folgen der prozessualischen Konsumtion nicht an. Um so näher liegt daher, die Stelle auf Realkaution zu deuten und in den Worten ex justa causa den Hinweis auf die Vermögensunsicherheit des Schuldners zu finden. Allein nothwendig ist diese Auffassung keineswegs, ja es erheben sich gegen dieselbe recht gewichtige Bedenken.

Sie ist nicht nothwendig, weil, wie oben (Nr. 11 und 21) nachgewiesen, die cautio als nuda promissio nichts weniger als werthlos war. Oder warum sollte die römische Jurisprudenz an einer Pflicht des Verkäufers zur Eingehung einer stipulatio duplae festgehalten haben zu einer Zeit, wo dem Käufer schon in der actio emti ein Regressanspruch wegen Entwehrung zur Verfügung stand? [30]) Diese Stipulatio war aber ausgesprochener Maassen nuda promissio.[31]) Ja die Kautionspflicht wegen Entwehrung liefert gerade eine praktische Anwendung des in L. 41 cit. enthaltenen allgemeinen Satzes; denn die Klage auf die duplae stipulatio ist die actio emti, eine actio bonae fidei, und bei Weigerung der Kautionsleistung erfolgt Kondemnation [32]). Selbst das «ex justa causa» der L. 41 cit. kommt dabei zu seinem Recht [33]).

Sie stösst auf schwere Bedenken. In dieser Hinsicht fällt alles dasjenige in Betracht, was gegen die Verpflichtung zur

---

[29]) Wie diese Beschränkung des Klagbegehrens in der Formula zum Ausdruck gebracht und die umfassende Konsumtion der actio verhütet wurde, darüber siehe Keller, röm. Civilprozess § 42, Note 473, Bekker, prozess. Konsumt. S. 82, Krüger, prozess. Konsumt. S. 75.

[30]) L. 2 de evict. et dupl. stipul. 21, 2.

[31]) L. 4 pr. L. 37 pr. L. 56 pr. eod.

[32]) L. 2 de evict.: Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus.

[33]) L. 6. L. 37 § 1 eod.

Realkaution oben (Nr. 9 und 19) angeführt worden ist; ausserdem noch Folgendes.

Wo eine Satisdationspflicht in unzweideutiger Weise vorgezeichnet ist, finden sich die Juristen vielfach zu einer besondern Rechtfertigung vermüssigt (Nr. 13 Note 12 und 13), oder es sind die Bedingungen des Eintritts fest bestimmt. Hier dagegen soll über eine ebenso weit als tief greifende Verpflichtung nur so oben hin und im Allgemeinen verfügt und alles Weitere in das richterliche Ermessen verstellt sein. Der Fall, dass die Vermögensumstände des aus einem contractus bonae fidei Verpflichteten (eines Käufers, Miethers u. s. w.) nach Abschluss des Vertrags und vor Fälligkeit der Leistung unsicher wurden, konnte bei den Römern so wenig ein seltnes Ereigniss sein, als er diess heutzutage ist. Hätte sich nun an diesen Fall eine Satisdationspflicht geknüpft, so würden die römischen Juristen schwerlich verfehlt haben, sich mit diesem praktisch wichtigen Rechtssatz zu befassen. Dass sie diess nicht gethan, dafür entsteht aus dem Schweigen der justinianischen Digesten wenigstens grosse Wahrscheinlichkeit, da wir Aussprüche von weit geringerer praktischer Tragweite dort aufgenommen finden[34]). Ferner behielt zwar der Prätor zuweilen seiner freien Erwägung vor, ob ein Zwang zur Bürgschaftsstellung eintreten soll[35]). Dass aber die gleiche Machtbefugniss auch dem judex eingeräumt worden sei, dafür kann ein unzweifelhaftes Zeugniss nicht beigebracht werden[36]). Und eine cautio judicialis steht in L. 41 und L. 38 cit. in Frage[37]).

---

[34]) Vgl. z. B. L. 58 § 2 locati 19, 2 (oben Nr. 16). Ferner L. 19 § 1 de peric. et comm. 18, 6. L. 26 de aed. edict. 21, 1.

[35]) Z. B. L. 10 § 1 qui satisd. cog. 2, 8.

[36]) Dass in L. 13 § 5 de pign. et hyp. 20, 1 die cautiones arbitrio judicis interponendae von nudae promissiones zu verstehen sind, wird meines Wissens allgemein zugegeben. Vgl. Windscheid Pand. § 89 Note 13 mit Krüger, Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. VII S. 235, Note 35.

[37]) Aus L. 4 cit. in poss. legat. 36, 4 darf man die Worte der L. 41 cit. «ex justa causa» nicht bestimmen wollen, wie diess im Mémoire en réplique p. 50 versucht wird. An jenem Ort ist die Frage gestellt, unter

23) Ich weiss sehr wohl, dass bei der Verwerthung von kaiserlichen Reskripten zu allgemeinen Schlüssen grosse Vorsicht geboten ist. Trotzdem scheint mir nicht zweifelhaft, dass aus const. 2 de hered. vel act. vend. 4, 39 ein Gegenbeweis gegen die hier bekämpfte Auslegung der L. 41 cit. entnommen werden darf. Der Fall ist folgender[38]). Es hatte Jemand eine Erbschaft verkauft unter der Verabredung, dass der Käufer den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger gerecht werde. Der Käufer kommt dieser Verpflichtung nicht nach, die Erbschaftsgläubiger belangen in Folge dessen den Verkäufer, welcher in seiner Eigenschaft als Erbe rechtlich allein ihnen als Schuldner gegenüber steht. Der Verkäufer fordert nun seinerseits vom Käufer Realsicherheit wegen Rückerstattung der ihm aus diesem Anlass erwachsenden Auslagen. Der Kaiser entscheidet: das Verlangen nach solcher Deckung sei unberechtigt, der Verkäufer hätte darauf bei Abschluss des Kaufvertrags Bedacht nehmen sollen.

Ich bemerke: das Reskript ist aus der Zeit der Alleinregierung Caracalla's, also entweder unter der Mitwirkung von Papinian, der præfectus prætorio dieses Kaisers war, oder nach dem schon 211 p. Chr. erfolgten Tode Papinians erlassen; für die letztere Annahme besteht die grössere Wahrscheinlichkeit. Hätte nun damals bereits der Satz gegolten, welchen man dem Ausspruch Papinians in L. 41 de judic. unter-

---

welchen Voraussetzungen der Satisdationspflichtige zur Erneuerung der Bürgschaftsstellung angehalten werden kann (L. 3 § 3 eod.). Darauf antwortet Papinian: si nova causa allegetur veluti quod fidejussor decesserit aut etiam rem familiarem inopinato fortunae impetu amiserit (L. 4 cit.). Wie soll hieraus ein Schluss folgen, dass der an sich nicht Realkautionspflichtige bei eintretendem Vermögensverfall seinem Gläubiger zur Leistung von Realsicherheit verpflichtet werde?

[38]) Imp. Antoninus A. Titio Floriano. — Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam ex eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest.

legt, so wäre die Entscheidung des Kaisers höchst auffallend; denn eine justa causa der Satisdationspflicht hätte alsdann in der Weigerung des Käufers, seine Vertragspflicht zu erfüllen, nicht verkannt werden können, da der Verkäufer dadurch zu einem vielleicht erheblichen Vorschuss für den Käufer genöthigt wird.

Unter diesen Umständen braucht man gar nicht den Auslegungssatz, dass im Zweifel die geringere Belastung anzunehmen ist, zu Hülfe zu rufen, um vom Standpunkt des justinianischen Rechts zu dem Ergebniss zu gelangen: Der Berechtigte aus einer obligatio bonae fidei kann aus triftigen Gründen vom Schuldner das stipulationsmässige Versprechen der künftigen Erfüllung von jetzt noch nicht fälligen Leistungen verlangen, aber in Ermanglung einer hierauf gerichteten Verabredung nicht Sicherstellung durch Bürgen oder Unterpfänder [39]).

E. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis in der aufgeworfenen Frage.

24) Die römische Form der Stipulation und der Gegensatz von actiones stricti juris und actiones bonae fidei sind in das neuere Recht nicht übergegangen. An die Stelle der ersteren ist der formlose Schuldvertrag getreten, und der daraus entspringende Anspruch hat an sich vor den Forderungen aus den Kauf-, Mieth- und ähnlichen Verträgen in der prozessualischen Wirksamkeit nichts voraus. Besitzt demnach das blosse Versprechen der Erfüllung künftiger Leistungen, zu welchem das römische Recht den Schuldner aus einer bonae-fidei-Obligation unter Umständen verpflichtet, heutzutage noch einen Werth?

Diese Frage ist zu bejahen.

---

[39]) Zu einem im Wesentlichen übereinstimmenden Ergebniss ist auch Herr Professor Dr. M. Cohn in seiner gutachtlichen Meinungsäusserung gelangt. (Vergl. Duplik der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen L. Favre, 1876. S. 43—53).

Jedenfalls wird dadurch eine rechtsverbindliche Anerkennung der Schuld gewonnen, welche einen selbständigen Forderungsgrund liefert und dem Berechtigten den Beweis anderweitiger Entstehung der Schuld erspart [40]). Damit kann sich eine feste Begrenzung des Umfangs der Schuld verbinden, wenn derselbe bisher dieser Bestimmtheit entbehrte wie bei dem vertragsmässigen Anschlag des Interesse. In verwandter Gedankenreihe geben neuere Prozessgesetze und gibt insbesondere die deutsche Reichscivilprozessordnung (§ 231) eine Klage auf Feststellung des Bestandes eines Rechtsverhältnisses, bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden können.

Wer zu der aufgeworfenen Frage andere Stellung nimmt, ist gleichwol nicht berechtigt, der Verbalkaution des römischen Rechts im heutigen eine Realkaution zu unterstellen. Aus der Werthlosigkeit des blossen Versprechens der Erfüllung im heutigen Recht würde nur folgen, dass die römische Vorschrift mit der Stipulation und so manchen anderen Verwendungen derselben der Rechtsgeschichte verfallen ist.

25) Die hier vertretene Auffassung der römischen Gesetze ist keineswegs die allgemein getheilte. Im Gegentheil, von der Glosse an, welche übrigens widersprechende Meinungen vorträgt [41]), wurde auf das römische Recht der Satz gegründet, dass ein Gläubiger wegen bedingter und betagter Ansprüche Realkaution fordern könne, sobald ihm aus einer Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse seines Schuldners Gefahr droht.

Es würde hier nicht am Orte sein, die Dogmengeschichte ausführlich vorzutragen. Aber auf eine bemerkenswerthe Bewegung in derselben muss hingewiesen werden.

Die älteren Schriftsteller sehen den Vermögensverfall an sich für eine genügende Rechtfertigung des Kautionsanspruches an [42]). Gegenüber dieser einseitigen Rücksichtnahme auf das

---

[40]) Vgl. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 69.

[41]) Ad leg. 41 de jud. und ad leg. 2 Cod. de her. vel act. vend.

[42]) Bartolus Comm. ad dig. vet. leg. 41 de jud. Cuiacius Observ. XVII c. 37. A. Faber Rationalia in pand. ad leg. 41 de jud. u. A.

Interesse des Gläubigers macht sich seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts eine Gegenströmung geltend, welche den Schuldner nur wegen einer von ihm unmittelbar oder mittelbar verschuldeten Gefährdung des Gläubigers der Pflicht zur Stellung einer Realkaution unterwirft[43]).

In der neuesten Zeit wurde aber der Satz auch in der letztern Beschränkung als ein Missverständniss des römischen Rechts bekämpft und diejenige Ansicht vertreten, deren Begründung oben versucht ist. Am nachdrücklichsten geschah diess von Bähr in seiner Schrift über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 69[44]). Freilich hat sich gegen ihn wieder die gewichtige Stimme Windscheid's (Pand. § 89, Note 13) erhoben. Aber der Satz des Letzteren, dass bezüglich der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei Willenserklärungen unter Lebenden alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt sei, ist schon von Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 1478 fg.) als bedenklich erklärt worden[45]).

26) In der neueren deutschen Rechtsprechung findet die Pflicht des Schuldners, im Gefährdefall dem Gläubiger wegen bedingter und betagter Ansprüche Realsicherheit zu leisten, auf Grund des römischen Rechts allgemein Anerkennung. Das Bedenken, ob unter der cautio, von welcher die römischen Gesetze sprechen, Real- oder Verbalkaution zu verstehen sei, wird gar nicht aufgeworfen, dagegen die Bedeutung der justa causa um so eingehender untersucht. Zwar die Beziehung derselben auf die Vermögenslage des Schuldners erfreut sich allgemeiner Annahme. Aber innerhalb derselben tritt neuerdings diejenige Ansicht in den Vordergrund, welche dem objektiven Erforderniss der eingetretenen Unsicherheit der Befriedigung das subjektive

---

[43]) Literaturnachweise in dem Erkenntniss des Obergerichts Wolfenbüttel in Seuffert's Arch. Bd. XVI Nr. 190. Ungewiss ist, ob Wächter Württ. Privatr. II § 52 bei Note 15 weiter gehen will.

[44]) Vgl. auch Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses § 46, Note 36 fg.

[45]) Savigny, System des römischen Rechts Bd. V, S. 464, Note 6 spricht sich über den hier in Rede stehenden Punkt nicht aus.

der eignen Verschuldung des Verpflichteten anreiht. Das Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen von Seuffert liefert hierüber folgende Ausbeute:

Das Oberamts-Gericht in Jena (Bd. IV, Nr. 196) knüpft die Kautionspflicht schlechthin an die Gefährdung des Gläubigers. Ein Erkenntniss desselben Gerichtshofs (Bd. VI, Nr. 137) betont, dass die Veranlassung zur Kautionsforderung eine sehr erhebliche sein müsse.

Das ehemalige Oberamts-Gericht in Kassel stellt Bd. XVI, Nr. 189 das Erforderniss der eigenen Verschuldung des Verpflichteten auf; die blos beiläufige Erwähnung der Kautionspflicht im Erkenntniss Bd. XX, Nr. 266 bildet hiezu keinen Gegensatz.

In ausführlicher Begründung vertritt denselben Standpunkt das Obergericht zu Wolfenbüttel (Bd. XVI, Nr. 190), und nicht minder energisch das Oberamtsgericht in Lübeck (Bd. XXII, Nr. 7).

Einen Rückschritt bezeichnen auf den ersten Blick ein Erkenntniss des Oberamtsgerichtes in München (Bd. XXX, Nr. 111), sowie eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts in Leipzig (abgedruckt in der Sammlung «Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts», Bd. XXIII, S. 137 fg.). Es ist aber eine Eigenthümlichkeit dieser Erkenntnisse nicht zu übersehen. In beiden stand die Frage zur Beurtheilung, ob die Erfüllung einer vertragsmässigen Darlehenszusage ohne vorgängige reale Deckung des Verpflichteten gefordert werden kann, wenn in der Zwischenzeit eine die Aussicht auf Rückerstattung gefährdende Aenderung in den Vermögensverhältnissen des Empfangsberechtigten eingetreten ist. Nun erzeugt zwar nach heutigem Recht das in Vertragsform gegebene Versprechen eines Darlehens eine klagbare Obligatio. Aber eine verbreitete Anschauung stellt die verpflichtende Kraft derselben mit andern obligatorischen Verträgen nicht ganz auf eine Linie. Diese Anschauung hat z. B. im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch § 936 Ausdruck gefunden. Hier wird der Vorvertrag für unverbindlich erklärt, wenn die

«Umstände inzwischen dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder andern Theils verloren wird»[46]). Hiezu kommt noch, dass das Münchner Erkenntniss sich in erster Linie auf bayerisches Partikularrecht stützt.

27) Ich wage nicht zu entscheiden, ob der in der deutschen Doktrin und Praxis hervortretende Satz lediglich auf ein Missverständniss des römischen Rechts zurückzuführen ist oder eine tiefere Grundlage in der Rechtsanschauung der neueren Völker besitzt.

Im ersteren Fall muss der besseren Einsicht sofort Geltung verschafft werden, denn blosse Irrgänge sind niemals bindend. Tritt uns dagegen in dem bisher gelehrten und angewandten Satz ein wahres Gewohnheitsrecht entgegen, so kann der Richter über dasselbe nicht hinaus, mögen auch die Wurzeln der Rechtsvorschrift fälschlicherweise im römischen Recht gesucht worden sein. Indess hat für den Inhalt eines Gewohnheitsrechts die Stimme der Praxis vorwiegende Bedeutung, und wenn man daher auch der zweiten Meinung beipflichtet, so wird der Standpunkt des geltenden Rechts doch nur dahin bezeichnet werden dürfen: eine Pflicht des Schuldners zur Leistung von Realkaution wegen noch nicht fälliger Verbindlichkeiten tritt nur dann ein, wenn derselbe durch sein eignes Verschulden den Gläubiger in den Zustand der Unsicherheit versetzt hat.

F. Umfang der zu leistenden Realkaution.

28) Für den Fall, dass der Richter zu dem Ergebniss gelangen sollte, die Gotthardbahn sei schuldig, dem Herrn Favre

---

[46]) Das preussische Landrecht hat eine ähnliche Bestimmung Thl. I, Tit. 11, § 656 und § 657. Diess ist aber von geringerem Gewicht, weil dieses Gesetzbuch dem Einwande der veränderten Umstände in umfassenderer Weise Berücksichtigung verstattet. Vgl. übrigens Göppert in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift Bd. XIV, S. 426 fg. und die dort Angeführten.

wegen seiner künftigen Ansprüche aus dem Vertrag Realsicherheit zu bestellen, bietet noch die Frage nach dem Umfang dieser Kaution Grund zu Zweifeln.

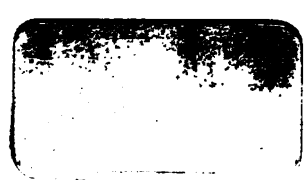
Die Leistungen der Gotthardbahn an Herrn Favre werden nach der in Kraft stehenden Uebereinkunft monatweise fällig im Verhältniss zu der erstellten Arbeit (oben Nr. 1). Da nun kein Vertragstheil zur seinerseitigen Erfüllung des Vertrags angehalten werden kann, so lange der andere mit einer bereits fälligen Leistung aus demselben Vertrag im Rückstand ist, so betrifft die Unsicherheit des Herrn Favre nur die jeweilige eine Monatsleistung, bezüglich deren er mit seiner Erfüllung vorangehen muss. Die Sicherung wegen der übrigen hat er schon in Händen, indem er befugt ist, von dem Moment an, wo die Abführung einer Monatsrate ohne Schuld von seiner Seite unterbleibt, mit der Weiterführung der übernommenen Arbeit Einhalt zu thun.

Demzufolge erstreckt sich die Kautionspflicht nicht über eine Monatsforderung hinaus. Dieser Umfang wird aber gefunden durch einen aus dem Betrage des noch unbezahlten Uebernahmspreises zu ziehenden Durchschnitt, wobei eine mögliche Steigerung der Monatsansprüche durch erhöhte Arbeitsleistung in billige Berücksichtigung gezogen werden mag.

29. Weiter geht die Forderung des Klägers. Er behauptet, dass er bisher mit Schaden gearbeitet habe und dass er erst durch die künftigen Abschlagszahlungen für den bisherigen Verlust Deckung erhalten werde. Folglich sei sein Interesse durch die Befugniss zur Stillestellung der Arbeit nicht genügend gesichert. Nur die Gesammtheit des bedungenen Uebernahmspreises vermöge ihm volle Schadloshaltung zu gewähren.

Ich bin weder berufen noch im Stande, die thatsächliche Richtigkeit dieser Behauptung zu beurtheilen. Die Möglichkeit ist nicht in Abrede zu stellen. Diese Möglichkeit als Wirklichkeit angenommen ist noch keineswegs die Forderung einer Kaution für den ganzen Umfang des noch nicht abbezahlten Uebernahmspreises gerechtfertigt. Dies wäre nur der Fall bei der

geradezu abentheuerlichen Annahme, dass dem Herrn Favre die Weiterführung der Tunnelarbeit gar keine Auslagen verursachen wird. Ueber das Mass der wirklichen Gefährdung hinaus die Beklagte mit der Verpflichtung zur Realkaution zu beschweren, enthielte aber eine um so grössere Ungerechtigkeit, als die Pflicht zur Deckung von Ansprüchen, deren Entstehung noch von künftig ungewissen Ereignissen — d. h. von der Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit von Seite des Klägers — abhängt, an sich schon eine Massregel von nicht unbestreitbarer legislativer Berechtigung ist. Sollte daher auch dem Kläger der Beweis gelingen, dass die künftigen Abschlagszahlungen mehr enthalten werden, als eine verhältnissmässige Vergütung der jeweilig geleisteten Monatsarbeit, so darf doch bei Berechnung der Höhe der Realkaution zu dem Durchschnittsbetrage der Monatszahlungen nur eine Summe geschlagen werden entsprechend dem Schaden, welcher dem Herrn Favre aus der Verhinderung der weiteren Ausführung des übernommenen Werks erwächst. Sachverständige werden nicht leicht, aber sie werden doch im Stande sein, annähernd dieses Interesse des Klägers an der Vollendung zu werthen, zumal da hiebei nur das mit einigem Grund Voraussehbare, nicht das schlechthin Mögliche in Rechnung gestellt werden darf.

Würzburg, 7. August 1878.

F. Regelsberger.